

Noot onder Gent 2 januari 2013

Noteer niet te snel op bierviltjes... Tussen handelaars kan het bewijs opleveren van een bindende afspraak.

1. Inleiding - De voorrang van het geschrift, neergelegd in art. 1341 BW, geldt niet in handelszaken. In handelszaken is de bewijsvoering vrij. Dat dit vrij bewijs voor (on)aangename verrassingen kan zorgen, bewijst een arrest van het Hof van beroep te Gent van 2 januari 2013 waarin de berekening van het commissieloon van een commissionair bewezen wordt geacht op basis van een verdeelsleutel neergepend op twee bierviltjes.

2. Feiten en procedure - Een investeringsvennootschap schakelt voor de verkoop van zijn participaties in een aantal firma's aan een Britse beursgenoteerde vennootschap een commissionair in. Voor de vergoeding van het commissieloon wordt op een niet nader bepaalde dag, op een bierviltje een verdeelsleutel opgesteld tussen de commissionair en de bestuurder van de vennootschap. Achteraf beweert de commissionair dat het om een bindende afspraak ging, terwijl de bestuurder dat tegenspreekt. Aangezien het gaat om een geschil tussen handelaars, mag volgens het hof van beroep te Gent het bewijs van de overeenkomst worden geleverd met alle middelen van recht, vermoedens inbegrepen. Daarbij overweegt het hof dat wanneer bierviltjes, die ook nog eens in twee exemplaren waren opgemaakt, ondertekend zijn door beide personen, ze het bewijs opleveren dat de partijen een bindende afspraak wilden vastleggen.

3. Art. 1341 BW geldt niet in handelszaken – In burgerlijke zaken expliciteert art. 1341 BW de keuze van de wetgever voor de voorrang van het schriftelijk bewijs.¹ Ingevolge dat artikel moet een 'akte' worden opgemaakt voor zaken die de waarde van 375 EUR te boven gaan en wordt het bewijs door getuigen niet toegelaten tegen of boven de inhoud van akten. Onder 'akten' begrijpt men geschriften die worden opgesteld om tot bewijs te dienen van een rechtshandeling (*instrumentum*). Ze worden ondertekend door de partijen en/of door een openbaar ambtenaar (een notaris, een rechter, een gerechtsdeurwaarder...).² De twee belangrijkste akten zijn de authentieke (art. 1317-1321 BW) en de onderhandse akte (art. 1322-1332 BW).

¹ A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van de E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in A. DE BOECK, S. STIJS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (43) 46; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 129, nr. 35; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 203, nr. 202; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 180, nr. 247; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2382, nr. 1668; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 117, nr. 231.

² B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 241, nr. 448; I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in X (ed.), *Bewijsrecht*, Larcier, Gent, 2014, (195) 195, nr. 1; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 168, nr. 225; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 670.

De voorrang van het geschrift geldt echter niet bij het bewijs van handelsverbintenissen.³ Dat volgt uit art. 1341, lid 2 BW en art. 25, lid 1 W. Kh. dat letterlijk luidt: “Behalve door de bewijsmiddelen die het burgerlijk recht toelaat, kunnen handelsverbintenissen ook worden bewezen door getuigen in alle gevallen waarin de rechtbank oordeelt dit te moeten toestaan, behoudens de uitzonderingen bepaald voor bijzondere gevallen.” In handelszaken is de bewijsvoering dus vrij.⁴

4. De toegelaten bewijsmiddelen in handelszaken – Hoewel art. 25, lid 1 W.Kh. enkel spreekt over het bewijs door getuigen, gaat men ervan uit dat hetzelfde geldt voor vermoedens. Conform art. 1353 BW hebben rechtspraak⁵ en rechtsleer⁶ immers unaniem het bewijs door getuigen gelijkgesteld met het bewijs door vermoedens. Beide mogen dus in principe worden aangewend als bewijs in handelszaken, ongeacht de waarde van het geschil, en als tegenbewijs tegen of boven akten. Wel behoudt de rechter nog steeds een discretionaire bevoegdheid om die bewijsmiddelen al dan niet toelaatbaar te verklaren.⁷

Daarnaast komen ook alle andere geschriften die geen ‘akte’ uitmaken in de zin van art. 1341 BW in aanmerking als bewijsmiddel. Dergelijke geschriften zijn - in tegenstelling tot akten - niet opgesteld met de bedoeling om als bewijs te dienen. Die andere geschriften kunnen eenzijdig zijn opgesteld, al dan niet ondertekend zijn, enz.⁸ Voorbeelden zijn de koopmansboeken (boekhouding), huiselijke registers en papieren (art. 1331 BW), briefwisseling, facturen, plannen, opeenvolging van e-mails, ingevulde formulieren enz.⁹ Ook een fax met een bevestiging van afspraken kan volstaan.¹⁰ In navolging van het geannoteerde arrest kan dat lijstje nu aangevuld worden met bierviltjes.

³ Dit zijn daden van koophandel in objectieve en subjectieve zin (G.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 28; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 39-40, nr. 12). Daarnaast geldt het vrij bewijsregime ook bij gemengde handelingen wanneer een niet-handelaar moet bewijzen tegen een handelaar (J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 549, nr. 1348; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 147, nr. 59).

⁴ G.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 21; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 549, nr. 1348; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 655; P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 298, nr. 421; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 41, nr. 13; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 153, nr. 202 en 181, nr. 249.

⁵ Cass. 15 april 1926, *Pas.* 1926, I, 332; Cass. 8 december 1936, *Pas.* 1936, I, 444; Cass. 19 mei 1961, *Pas.* 1961, I, 1011; Cass. 29 mei 1964, *Pas.* 1964, I, 1022.

⁶ G.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 21; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 135, nr. 257; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 144, nr. 54; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 77, nr. 12.

⁷ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 145, nr. 56; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2388, nr. 1679.

⁸ G.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 26-27.

⁹ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in X (ed.), *Bewijsrecht*, Larcier, Gent, 2014, (195), 211, nr. 23; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 174, nr. 235.

¹⁰ Antwerpen (5e k.) 3 februari 2005, *TBBR* 2007, 387.

5. De uitzondering van art. 25, lid 1 W. Kh. *in fine* - De wetgever heeft de voorrang van het schriftelijk bewijs niet volledig uitgeschakeld in het handelsrecht. Art. 25, lid 1 W. Kh. *in fine* bepaalt immers dat het vrij bewijs geldt “*behoudens de uitzonderingen bepaald voor bijzondere gevallen*”. Zo’n uitzondering is bijvoorbeeld te vinden in art. 10 van de wet landverzekeringsovereenkomsten, op grond waarvan de verzekeringsovereenkomst en de wijzigingen ervan tussen de partijen, zelfs tussen handelaars, door geschrift moeten worden bewezen.¹¹ Daarnaast stond lange tijd ter discussie of art. 2044, al. 2 BW dat bepaalt dat een dading een overeenkomst is die schriftelijk moet worden opgemaakt, al dan niet een uitzondering is in de zin van art. 25 W. Kh. *in fine*. Het Hof van Cassatie kreeg in een belangrijk arrest van 19 maart 2012 de gelegenheid om te bevestigen dat art. 2044, al. 2 BW *geen* uitzondering is. In een geschil betreffende handelszaken kan de rechter dus het bewijs van het bestaan van een dading door vermoedens toelaten, zelfs als er geen begin van bewijs door geschrift voorhanden is in de zin van art. 1347 BW.¹²

6. Denkoefening: de bierviltjes als onderhandse akte - Een interessante denkoefening is om na te gaan of de bierviltjes in kwestie zelfs geen geldige onderhandse akte zouden kunnen vormen. De onderhandse akte is een akte die de partijen zelf (laten) opstellen en waarvan ze zich de inhoud toe-eigenen door het plaatsen van de handtekening.¹³ De vorm is vrij. Dat geldt ook voor de keuze van drager. Het feit dat de tekst op de achterkant van een bierviltje staat, vormt dus geen enkel obstakel.¹⁴ De handtekening is de enige voorwaarde voor de geldigheid.¹⁵ Tussen de partijen is geen dagtekening nodig. De bijzondere regel van art. 1328 BW (vaste datum) geldt enkel voor het bewijs jegens derden.¹⁶ In een cassatiearrest van 15 maart 2002 werd bijvoorbeeld nog bevestigd dat het ontbreken van een datum een leningsakte niet ongeldig maakt.¹⁷

¹¹ Een voorbeeld: Luik (3e k.) 2 oktober 2006, *JLMB* 2007, 437. Zie ook G.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 40-43; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 145, nr. 57.

¹² Cass. (3e k.) 19 maart 2012, *Pas.* 2012, 631.

¹³ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in X (ed.), *Bewijsrecht*, Larcier, Gent, 2014, (195), 203, nr. 9; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 171, nr. 233.

¹⁴ In dat verband kan ook gedacht worden aan ‘functionele definitie van het geschrift’ in art. 16, § 2 van de wet van 11 maart 2003 inzake de elektronische handel die bepaalt dat “aan het vereiste van een geschrift is voldaan door een opeenvolging van verstaanbare tekens die toegankelijk zijn voor een latere raadpleging, welke ook de drager en de transmissiemodaliteiten ervan zijn”.

¹⁵ Daarnaast wordt soms vermeld dat er een tweede voorwaarde bestaat, namelijk dat de akte het *negotium* volledig moet weergeven (zie A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van de E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (43) 54; P. VAN OMMESELAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2430, nr. 1711).

¹⁶ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in X (ed.), *Bewijsrecht*, Larcier, Gent, 2014, (195) 2010, nr. 21; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 142, nr. 294.

¹⁷ Cass. 15 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 808 en *Pas.* 2002, 736.

Omdat het over een wederkerige overeenkomst gaat, moet evenwel ook art. 1325 BW worden nageleefd. Artikel 1325 BW legt meerdere cumulatieve vormvereisten op: 1) er moeten evenveel exemplaren van de overeenkomst worden opgesteld als er partijen zijn met een onderscheiden belang (aantal exemplaren); 2) elk exemplaar moet het aantal opgestelde exemplaren vermelden (vermelding van het aantal exemplaren); 3) elk exemplaar moet de originele handtekening van de partijen bevatten (originele exemplaren) en 4) er moet daadwerkelijk een origineel overhandigd worden aan iedere partij met een onderscheiden belang (effectieve overhandiging).¹⁸ Uit het feitenrelaas blijkt dat 1, 3 en 4 vervuld zijn. De vermelding dat er twee exemplaren zijn opgesteld, zal ongetwijfeld ontbreken. Dit leidt tot nietigheid van het *instrumentum*. De sanctie is evenwel slechts de relatieve nietigheid, wat betekent dat een nietige akte nog steeds kan gelden als een begin van bewijs door geschrift (art. 1347 BW).¹⁹ Wanneer een begin van bewijs wordt aangevuld door getuigen of vermoedens, krijgt het dezelfde bewijswaarde als een onderhandse of authentieke akte.²⁰

7. Besluit – Een oud Vlaams gezegde luidt “*haast en spoed zijn zelden goed*”. Dat geldt ook voor een handelaar die, in de veronderstelling dat de onderhandelingen nog bezig zijn, op café enkele aantekeningen op een bierviltje maakt en die ondertekent. In handelszaken geldt het vrije bewijsregime, wat betekent dat de rechter een bierviltje als volwaardig bewijsmiddel van een bindende afspraak kan aanvaarden. Daarnaast zou ook in het burgerlijk recht een bierviltje dat aan alle vereisten voldoet een onderhandse akte kunnen uitmaken. Hoewel men op het eerste zicht ervan uit zou kunnen gaan dat de achterkant van zo’n kartonnetje meer vrijblijvend is dan een regulier document, is dat niet het geval. De vorm van een onderhandse akte is vrij en dat geldt ook voor de drager.

Ilse SAMOY

Hoofddocent, Instituut voor Verbintenissenrecht, KULeuven, UHasselt.

Wannes VANDENBUSSCHE

Aspirant FWO-Vlaanderen, Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven.

¹⁸ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 301-306, nr. 559-571 ; D. MOUGENOT, *La preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 235-236, nr. 134-137.

¹⁹ D. MOUGENOT, *La preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 238, nr. 139; I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring” in X (ed.), *Bewijsrecht*, Larcier, Gent, 2014, (195) 204, nr. 12; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 282, nr. 335; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2462, nr. 1737 ; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 677.

²⁰ A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van de E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in A. DE BOECK, S. STIJS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (43) 50; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 181, nr. 250.